

**JUDICIAL REVIEW DALAM KETATANEGARAAN  
INDONESIA**



Diajukan Untuk Memenuhi Salah Satu Syarat Guna Memperoleh Gelar  
Magister Hukum Program Pascasarjana Ilmu Hukum  
Universitas Muhammadiyah Surakarta

Oleh:  
**ELVIANDRI**  
**R 100 040 049**

**PROGRAM PASCASARJANA ILMU HUKUM  
UNIVERSITAS MUHAMMADIYAH SURAKARTA  
2007**

# **BAB I**

## **PENDAHULUAN**

### **A. Latar Belakang Masalah**

Salah satu agenda reformasi di bidang hukum yang berkembang adalah desakan untuk terwujudnya supremasi sistem hukum<sup>1</sup> di dalam bingkai konstitusi yang berfungsi sebagai acuan dasar yang efektif dalam proses penyelenggaraan negara dan pemerintahan. Langkah pembaharuan dan penataan kembali institusi hukum untuk memberi pijakan bagi proses terciptanya sistem baru yang demokratis merupakan sesuatu yang kerap dilakukan di setiap negara yang tengah mengalami transisi dari negara otoriter menuju sistem yang demokratis.

Bahkan bila perlu bukan hanya sekedar merevisi konstitusi, tetapi juga menciptakan konstitusi yang sama sekali baru sebagai langkah awal proses reformasi menuju masyarakat demokratis.<sup>2</sup> Dalam konteks ini Robert M.G

---

<sup>1</sup> Adapun yang dimaksud dengan tata hukum adalah ‘keseluruhan norma yang diakui masyarakat sebagai kaidah-kaidah yang mengikat (demi tercapainya ketertiban dalam kehidupan masyarakat), dan karena itu dipertahankan berlakunya oleh suatu otoritas yang juga diakui masyarakat’. Sementara sistem hukum diartikan ‘keseluruhan atau prosedur yang spesifik, yang karena itu dapat dibedakan ciri-cirinya dari kaidah-kaidah sosial yang lain pada umumnya, dan kemudian secara relatif konsisten diterapkan oleh suatu struktur otoritas yang profesional guna mengontrol proses sosial yang terjadi di masyarakat. Lihat, Soetandyo Wignjosebroto, *Dari Hukum Klonial Ke Hukum Nasional: Dinamika Sosial Politik Dalam Perkembangan Hukum Di Indonesia*, Rajawali Press, Jakarta, 1994, h.1.

<sup>2</sup> Transisi dari pemerintahan otoriter ke pemerintahan demokratis biasanya dilembagakan dalam konstitusi baru. Misalnya di negara-negara Eropa Timur yang mengalami transisi dari pemerintahan komunis ke pemerintahan demokrasi liberal. Juga di Afrika Selatan, dari sistem apartheid ke sebuah sistem yang menghormati HAM. Demikian pula Filipina setelah Marcos, dan juga Thailand setelah berakhirnya dominasi militer. Di masa transisi demikian itu, konstitusi baru menjadi kebutuhan esensial guna mengukuhkan konsolidasi demokrasi, agar elemen-elemen otoriter pro status quo yang masih eksis tidak berpeluang kembali untuk berkuasa. Biasanya konstitusi baru ini umumnya mengandung ciri demokrasi partisipatoris yaitu terbukanya akses rakyat untuk mengontrol pemerintahan secara langsung. Di samping itu, konstitusi juga memuat sistem ketatanegaraan, perlindungan HAM sistem ekonomi, dan sistem peradilan, serta mekanisme

Dawson dalam bukunya *The Government of Canada (1957)*, yang intinya menolak sakralisasi konstitusi, berkomentar:

*“Whether they are in written or unwritten form, rigid or flexible, are continually changing and becoming adapted to new ideas, new problems, new national and international forces”.*<sup>3</sup>

Di Indonesia sendiri langkah pembaharuan dan rekonstruksi sistem hukum dilakukan secara bersamaan dan sifatnya inkremental, baik itu menyangkut konstitusi maupun juga sistem hukum hirarki perundang-undangan. Termasuk dalam kaitan ini adalah upaya untuk mengkaji ulang seluruh doktrin dan teori hukum yang menjadi acuan konstruksi sistem hukum di Indonesia yang hampir sebagian besar merupakan adopsi dan adaptasi sistem hukum dari luar (Hukum Barat), di mana latar belakang sejarah, struktur sosial serta landasan filosofisnya berbeda dengan yang dianut bangsa Indonesia sehingga desakan untuk menkonstruksi sistem hukum terus bergulir mulai dari akademisi, praktisi, hingga ke gedung parlemen. Para anggota fraksi, baik yang dipilih maupun yang diangkat secara bersama-sama, terus menyuarakan perubahan terhadap batang tubuh UUD 1945. Hasil dari perubahan terhadap batang tubuh UUD 1945 adalah amandemen Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Dua hal yang penting dalam Sidang Tahunan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia pada tanggal 7-18 Agustus 2000 dan Sidang Tahunan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia tahun 2001 berkaitan dengan hak *judicial review* di Indonesia adalah Ketetapan Majelis

---

perubahan konstitusi. Lihat Smita Notosusanto, *Reformasi Konstitusi dan Konsolidasi Demokrasi*, Tempo, 28 Juli 2002.

<sup>3</sup> Lihat Ismail Sunny, *Pergeseran Kekuasaan Eksekutif: Suatu Penyelidikan dalam Hukum Tata Negara*, Aksara Baru, Jakarta, 1983, h.28.

Permasyarakatan Rakyat Republik Indonesia Nomor III/MPR/2000 tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan<sup>4</sup> dan pengaturan tentang Kekuasaan Kehakiman dalam Perubahan Ketiga Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 mengatur hal baru dalam hal kekuasaan kehakiman, antara lain pengaturan tentang kewenangan hak *judicial review* dalam melakukan pengujian UU terhadap UUD dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi dan diaturnya kewenangan Mahkamah Agung untuk menguji peraturan perundang-undangan di bawah UU terhadap UU. Kekuasaan Kehakiman dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 diatur dalam Pasal 24, Pasal 24A, Pasal 24B, Pasal 24C.

Kewenangan Mahkamah Konstitusi dan Mahkamah Agung dalam melakukan *judicial review*, selanjutnya diatur dalam Pasal 11 UU Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman, Pasal 31 dan Pasal 31A UU Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas UU Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, Pasal 10 UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

Dalam perspektif teori konstitusi dianutnya sistem *judicial review*, berarti suatu pencapaian tahap akhir konsolidasi konsep negara hukum dimana konstitusi (UUD) diakui sebagai hukum tertinggi yang secara efektif, harus menjadi acuan

---

<sup>4</sup> Berdasarkan Pasal 4 Nomor 4 Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor I/MPR/2003 tentang Peninjauan Terhadap Materi dan Status Hukum Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Sementara dan Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Tahun 1960 sampai dengan Tahun 2002, Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor III/MPR/2000 tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan tetap berlaku sampai dengan terbentuknya UU. Saat ini telah ada UU No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan yang menggantikan Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor III/MPR/2000 tersebut.

bagi produk-produk hukum yang lebih rendah tingkatannya. Suatu kecenderungan yang bersifat mendasar dalam konstitusionalisme moderen adalah konsep konstitusi sebagai kenyataan normatif (*normative reality*) dan bukan sebagai kompromi politik sesaat dari kelompok-kelompok politik, yang dapat berubah pada setiap saat *equilibrium* di antara kelompok-kelompok politik itu berubah.<sup>5</sup> Itu berarti konstitusi merupakan perangkat norma hukum yang efektif, yang mengesampingkan proses politik, ekonomi, dan sosial suatu negara dan memberikan keabsahan seluruh tertib hukum.

Konsep *judicial review* atas konstitusionalitas suatu produk UU sesungguhnya merupakan suatu terobosan untuk mencegah berulangnya praktik ketatanegaraan di masa Orde Baru, dimana terjadi konspirasi antara eksekutif (Presiden) dengan legislatif (DPR) yang menghasilkan banyak produk UU yang bertentangan dengan UUD 1945; antara lain UU Pemilu, UU Parpol dan Golkar, UU Organisasi Kemasyarakatan, UU Pemerintahan Desa dan sebagainya. Konspirasi eksekutif dengan legislatif dilakukan untuk tujuan memperkuat kedudukan pemerintah dengan mengorbankan hak-hak dan kebebasan dasar rakyat yang secara jelas diakui dan dijamin oleh UUD 1945. Konspirasi politik jahat itu dimungkinkan terjadi karena Presiden mengontrol semua fraksi di DPR.

Berbagai UU yang menyimpangi UUD 1945 itu telah direvisi. Akan tetapi, perubahan itu tidak melalui proses *judicial review*, tetapi karena desakan reformasi yang memaksa DPR dan pemerintah merubah berbagai produk UU tersebut. Tentu masih bisa diuji apakah berbagai produk UU telah sesuai dengan

---

<sup>5</sup> AR Brewer-Carias sebagaimana dikutip Gurita, *Kewenangan "Judicial Review" MPR*, *Kompas*, Senin 4 September 2000.

nilai dan norma yang terkandung dalam UUD 1945 dan Tap MPR yang berkaitan dengan hal tersebut.

Kemungkinan berulangnya konspirasi eksekutif dengan legislatif untuk melanggar konstitusi itu hendak dicegah dengan melakukan *judicial review* atau hak uji materiil atas UU. Dengan demikian *judicial review* atas aspek konstitusionalitas UU sesungguhnya merupakan kontrol hukum terhadap proses politik, yaitu pembuatan UU yang dilakukan oleh Pemerintah dan DPR. Urgensi *judicial review* adalah sebagai alat kontrol terhadap konsistensi terhadap produk perundang-undangan dan peraturan-peraturan dasarnya, untuk itu diperlukan *Judicial Activation*.

Menurut Moh. Mahfud, minimal ada tiga alasan yang mendasari pernyataan pentingnya *Judicial Activation*: *Pertama*, hukum sebagai produk politik senantiasa mewakili watak yang sangat ditentukan oleh konstelasi politik yang melahirkannya. Hal ini memberikan kemungkinan bahwa setiap produk hukum akan mencerminkan visi dan kekuatan politik pemegang kekuasaan yang dominan (pemerintah) sehingga tidak sesuai dengan hukum dasar-dasarnya atau bertentangan dengan peraturan yang secara hirarkis lebih tinggi. *Kedua*, kemungkinan, sering terjadi ketidaksesuaian antara suatu produk peraturan perundangan dengan peraturan-peraturan hukum yang lebih tinggi, maka muncul berbagai alternatif untuk mengantisipasi dan mengatasi hal tersebut melalui pembentukan atau pelembagaan mahkamah konstitusi, mahkamah perundang-undangan, *judicial review*, uji materiil oleh MPR dan lain sebagainya. *Ketiga*, dari berbagai alternatif yang pernah ditawarkan, pelembagaan *judicial review* adalah

lebih konkrit bahkan telah dikristalkan di dalam berbagai peraturan perundang-undangan kendati cakupannya masih terbatas sehingga sering disebut sebagai *judicial review* terbatas. Namun tidak sedikit orang yang mengira bahwa dari penerimaan terbatas terhadap *judicial review* akan benar-benar dapat dilaksanakan dan telah mendapat akomodasi pengaturan yang cukup.<sup>6</sup>

Pendelegasian perundang-undangan yang diberikan kepada pemerintah dapat membuka peluang yang besar untuk membuat peraturan pelaksanaan lebih lanjut dari setiap undang-undang. Hal ini juga akan membuka kemungkinan bagi diciptakannya peraturan perundang-undangan yang sebenarnya tidak sesuai bahkan bertentangan dengan UU yang diatur lebih lanjut atau lebih tinggi, oleh sebab itu, untuk menjamin tertib tata hukum, perlu dilembagakan atau diefektifkan pelaksanaan *judicial review* atau hak uji materil oleh lembaga yang berwenang.<sup>7</sup>

Dalam pelaksanaan *judicial review* terjadi permasalahan dalam hal hubungan kewenangan untuk melakukan *judicial review* antara Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi. UUD Negara Republik Indonesia 1945 mengatur bahwa terdapat dua lembaga yang memiliki kewenangan untuk melakukan hak menguji yang dimiliki hakim, yaitu Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi. Mahkamah Agung mempunyai wewenang menguji hanya terhadap peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang,

---

<sup>6</sup> Moh. Mahfud. MD, *Hukum Dan Pilar-Pilar Demokrasi*, Gama Media, Yogyakarta, 1999, h. 327-328

<sup>7</sup> Moh. Mahfud. MD, *Perkembangan Politik Hukum Studi Tentang Pengaruh Konfigurasi Politik Produk Hukum*, Disertasi Doktor 1999, dikutip dari Siti Fatimah, *Parktek Judicial Review di Indinesia*, Pilar Media, Yogyakarta, 2005, h. 40-42

sedangkan kewenangan untuk menguji UU terhadap UUD terletak pada Mahkamah Konstitusi.

Indonesia adalah negara yang dipengaruhi sistem hukum Eropa kontinental bukan sistem hukum *anglo saxon*. Berdasarkan sistem hukum tersebut, secara yuridis terdapat hal-hal yang perlu ditelaah lebih lanjut karena menjadi permasalahan hukum dalam pengaturan *judicial review* yang dilaksanakan oleh dua lembaga yang berbeda Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi. Di antara permasalahan tersebut;

*Pertama*, berdasarkan pasal 24 ayat (2) UUD Negara RI Tahun 1945, baik Mahkamah Agung maupun Mahkamah Konstitusi merupakan lembaga yang melaksanakan kekuasaan kehakiman, Mahkamah Konstitusi seharusnya tidak memiliki kedudukan yang sama dengan Mahkamah Agung dalam melakukan kekuasaan yang dimiliki berdasarkan UUD, yaitu kekuasaan kehakiman.

*Kedua*, Berdasarkan Pasal 24A ayat (1) dan Pasal 24C ayat (1) UUD Negara RI Tahun 19545, kewenangan untuk melakukan pengujian terletak pada dua lembaga, yaitu Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi.

Dalam UUD, seharusnya hanya diatur 1 (satu) lembaga saja, yaitu Mahkamah Konstitusi, yang memiliki kewenangan untuk melaksanakan pengujian di Indonesia, yaitu pengujian UU terhadap UUD dan pengujian peraturan perundang-undangan di bawah UU terhadap UU. Karena, Mahkamah Agung lebih merupakan pengadilan keadilan (*Court Of Justice*) sedangkan Mahkamah Konstitusi lebih berkenan dengan lembaga pengadilan umum (*Court of law*).  
*Ketiga*, Pengaturan tentang kewenangan *judicial review* oleh Mahkamah Agung



yang diatur dalam Pasal 11 (3) UU Nomor 4 Tahun 2004 dan Pasal 31 ayat (3) UU Nomor 5 Tahun 2004 bertentangan dengan Pasal 24A UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945 kedua pasal dalam UU tersebut mengatur bahwa putusan pengujian peraturan perundang-undangan yang dilakukan Mahkamah Agung dapat diambil, baik berhubungan dengan pemeriksaan pada tingkat kasasi maupun permohonan langsung pada Mahkamah Agung. Pemeriksaan pada tingkat kasasi tersebut yang bertentangan dengan pasal 24A UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945 mengatur bahwa kewenangan menguji peraturan perundang-undangan di bawah UU terhadap UU hanya dimiliki oleh Mahkamah Agung. Pemeriksaan pada tingkat kasasi berarti harus terlebih dahulu melewati pengadilan tingkat pertama dan pengadilan tingkat banding. Berdasarkan hal tersebut, ada tiga pengadilan yang berwenang menguji peraturan perundang-undangan di bawah UU terhadap UU, yaitu pengadilan tingkat pertama, pengadilan tingkat banding, dan Mahkamah Agung.<sup>8</sup>

Tidak dapat dioperasionalkannya *judicial review* menurut Sri Sumantri justru karena adanya keharusan atau persyaratan “pemeriksaan pada tingkat kasasi” bagi setiap upaya *judicial review*. Sebab istilah “kasasi” secara yuridis telah memiliki pengertian baku sebagai salah satu mata rantai teknis prosedural dalam proses peradilan. Berdasarkan hal tersebut, dirasakan perlu adanya suatu pembahasan tentang *judicial review* dalam sistem hukum di Indonesia.

---

<sup>8</sup> *Ibid.*, h. 93.

Pada dasarnya pembahasan tentang *judicial review* dalam tesis ini bukan merupakan pekerjaan perintis (*pioneering work*),<sup>9</sup> oleh karena sudah pernah dibahas baik di media cetak maupun media elektronik, dan buku. Dengan obyek penelitian dan sudut pandang yang berbeda-beda. Di antaranya buku karangan Siti Fatimah, dalam buku ini penulis melakukan analisis terhadap proses penyelenggaraan negara berdasarkan pada hukum tata negara yang dianut oleh Indonesia. Kemudian melakukan komparasi praktik tersebut di negara-negara yang bisa dijadikan kiblat demokrasi, penegakan hukum tata negara. Secara runut ia mengkaji proses pembuatan undang-undang dan memperbandingkan dengan konteks Indonesia pasca Amandemen UUD 1945.<sup>10</sup>

Kemudian buah karya dari Ni'matul Huda, yang menjadi fokus utama buku ini ada pada pembahasan problematika hirarki peraturan perundang-undangan pasca Orde Baru (era reformasi). Selama ini hirarki peraturan perundang-undangan diatur dalam ketetapan MPRS No. XX/MPRS/1966, kemudian dicabut dengan ketetapan MPR No. III/2000 dan terakhir diatur dalam UU Nomor 10 tahun 2004. Silih bergantinya aturan yang mengatur hirarki peraturan perundang-undangan telah menimbulkan kompleksitas persoalan di bidang peraturan perundang-undangan. Selama ini, perundang-undangan tidak dapat diuji oleh lembaga yudisial, sementara problem yang muncul justru banyak disebabkan lahirnya satu undang-undang. Mahkamah Agung hanya berwenang menguji peraturan di bawah undang-undang. Undang-undang dan ketetapan MPR tidak ada yang dapat mengujinya atau “tidak dapat diganggu gugat”. Dengan lahirnya

---

<sup>9</sup> Khuzdaifah Dimiyati, *Teorisasi Hukum Di Indonesia*, Muhammadiyah University Press, Surakarta, 2005, h. vi.

<sup>10</sup> Siti Fatimah, *op. cit.*, h. vii.

Mahkamah Konstitusi ‘kesakralan’ undang-undang telah diruntuhkan karena lembaga baru ini dapat mengujinya.<sup>11</sup>

Selanjutnya buku karangan Fatmawati, buku ini pada awalnya merupakan tesis dari Fatmawati yang kemudian dijadikan buku. Dalam buku ini dipaparkan mengenai hak menguji dalam sistem hukum Indonesia agar tidak terjadi kerancuan penggunaan istilah *Teotsingrecht* dan *Judicial Review*. Buku ini juga memberikan penjelasan mengenai ketentuan dan pelaksanaan hak menguji dalam sistem hukum Indonesia yang berkaitan dengan dua lembaga negara, yaitu Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi. Selain itu buku ini juga membahas hak menguji pada negara-negara yang menganut sistem hukum Eropa kontinental, *Judicial Review* pada negara-negara yang menganut sistem hukum *anglo saxon*.<sup>12</sup>

Penelitian tesis ini merupakan pengembangan dari penelitian-penelitian yang sebelumnya. Pengembangan yang dimaksud adalah sebuah upaya untuk melakukan verifikasi, koreksi, pelengkapan, serta perincian dari penelitian-penelitian yang sebelumnya untuk menuai kesempurnaan. Karena, *Judicial Review* dalam konteks ke Indonesia merupakan hal yang aktual dan masih menjadi perdebatan.

Oleh karena peneliti menganggap pembahasan ini sangat penting demi tercapainya pemahaman yang komprehensif tentang *Judicial Review*, maka peneliti memberanikan diri mengajukan usulan proposal ini sebagai usulan tesis.

---

<sup>11</sup> Ni'matul Huda, *Negara Hukum, Demokrasi & Judicial Review*, FH UII Pres, Yogyakarta, 2005.

<sup>12</sup> Fatmawati, *Hak Menguji (Teotsingrecht) Yang Dimiliki Hakim Dalam Sistem Hukum Indonesia*, Grafindo Prasada, Jakarta, 2005.

## **B. Rumusan Masalah**

Berdasarkan paparan di atas, masalah yang menjadi fokus penelitian ini tentang *judicial review*. Adapun masalah yang diajukan dalam penelitian ini dapat dirumuskan dalam pertanyaan :

1. Bagaimanakah hubungan kewenangan antara Mahkamah Konstitusi dan Mahkamah Agung pada pengujian *judicial (judicial review)* dalam ketatanegaraan di Indonesia?
2. Model *judicial review* apakah yang digunakan dalam tatanan ketatanegaraan di Indonesia?

## **C. Tujuan dan Manfaat Penelitian**

Sejalan dengan rumusan masalah yang telah diuraikan di atas, maka penelitian ini bertujuan :

1. Mengetahui dan menjelaskan hubungan kewenangan antara Mahkamah Konstitusi dan Mahkamah Agung dalam pengujian *judicial (judicial review)* dalam ketatanegaraan di Indonesia.
2. Mengetahui dan menjelaskan Model *judicial review* yang digunakan di Indonesia.

Penelitian ini bermanfaat untuk :

1. Secara Teoritis, memberikan penjelasan tentang hubungan kewenangan antara Mahkamah Konstitusi dan Mahkamah Agung dalam *judicial review* dalam ketatanegaraan di Indonesia.
2. Secara Praktis, memberikan masukan kepada para peminat hukum tata negara serta praktisi ketatanegaraan tentang hubungan kewenangan antara

Mahkamah Konstitusi dan Mahkamah Agung dalam *judicial review* dalam ketatanegaraan di Indonesia.

3. Secara akademis, penelitian ini merupakan syarat untuk meraih gelar Magister Humaniora pada Program Pascasarjana Ilmu Hukum di Universitas Muhammadiyah Surakarta.

#### **D. Landasan Teori/Kerangka Konseptual**

Dilembagakannya *judicial review* menurut teori Hans Kelsen karena peraturan perundang-undangan dari tingkat yang rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi atau yang dikenal dengan teori *Stufenbauw ades Recht the Hierarkhy of Law Theory*:

“*The Legal order . . . is therefore nota system of norms coordinated to each other, standing, so to speak, side by side on the same level, but a hierarkhy of different levels of norms*” (sebuah tata hukum bukanlah merupakan suatu sistem kaidah-kaidah hukum yang berhubungan satu sama lain dalam kedudukan yang sederajat melainkan merupakan berhirarki dari kaidah-kaidah yang berada sederajat).<sup>13</sup>

Apa yang dikemukakan oleh Hans Kelsen di atas menunjukkan kekhawatiran akan timbulnya konflik antara norma yang lebih tinggi dengan norma yang lebih rendah, bukan hanya menyangkut hubungan antara undang-undang dengan keputusan pengadilan, tetapi juga menyangkut antara konstitusi dengan undang-undang. Oleh karena itu Kelsen mengemukakan sejumlah syarat agar kepatuhan terhadap konstitusi dapat terjamin, yakni *pertama*, adanya organ yang diberi otoritas untuk melakukan pengujian hukum *judicial review*; dan *kedua*,

---

<sup>13</sup> Hans Kelsen, *General Theory Of Law*, Translated by Andrew Wedberg, Russel&Russel, New York, 1973, h. 124, dikutip dari Sumali, *Reduksi Kekusaan Eksekutif Di Bidang Peraturan Pengganti Undang-Undang (PERPU)*, UMM Press, Malang, 2002, h. 2.

tersedianya mekanisme atau prosedur – termasuk dalam hal ini menyangkut azas-azas dan kaidah-kaidah hukum – untuk melakukan pengujian hukum.<sup>14</sup>

Pengalaman empiris pengaturan dan pelaksanaan hak uji di berbagai negara menunjukkan gejala yang dinamis sesuai dengan karakteristik sistem konstitusi yang dianut dan kebutuhan hukum akan pranata hak uji pada masing-masing negara. Di dalam literatur, secara historis hak uji telah ada di Inggris sejak abad ke XVI. Pengadilan Inggris menetapkan setiap peraturan atau tindakan pemerintah tidak boleh bertentangan dengan *common law*. Tetapi hak uji di Inggris ini kemudian ditinggalkan akibat lahirnya ajaran supremasi atau kedaulatan parlemen.

Pranata hak uji kemudian dikembangkan dalam tradisi ketatanegaraan Amerika Serikat, yang dimulai pada tahun 1803 dalam kasus *Marbury versus Madison*.<sup>15</sup> Sementara itu di Republik Prancis yang saat ini adalah Republik yang kelima, pengaturan tentang *judicial review* baru dijumpai dalam konstitusi *de Gaulle* yang mulai berlaku pada 4 Oktober 1958.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> *Ibid.*, h. 61.

<sup>15</sup> Konstitusi AS sebelum kasus *Marbury versus Madison* muncul, sebenarnya tidak mengenal institusi *judicial review*. Sebagaimana dinyatakan Robert K. Carr dalam buku *American Democracy in Theory and Practice*; “*there has been much controversy concerning the origin of judicial review in US. It is very clear that the constitution itself does not in so many words authorise the courts to declare act to congress unconstitutional*”. Barulah ketika Jhon Marshal menjadi ketua Mahkamah Agung (*supreme court*), di dalam kasus *Marbury versus Madison*, untuk pertama kalinya Mahkamah Agung AS menyatakan, bahwa ketentuan undang-undang Federal bertentangan dengan konstitusi (*unconstitutional*). Lihat Sri Sumantri, *Hak Uji Material Di Indonesia*, Alumni, Bandung, 1997, h. 26-30.

Menurut Marshal, kewenangan badan pengadilan melakukan pengujian atas peraturan perundang-undangan dan tindakan pemerintah, didasari dua hal: *pertama*, bertalian dengan tugas pengadilan, yaitu menyelesaikan setiap sengketa hukum (*legal dispute*); *kedua*, kalau suatu peraturan yang lebih rendah bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi. Secara esensi hal ini adalah sengketa hukum. Karena itu pengadilanlah yang berwenang menyelesaikannya. Bagir Manan, *Arogansi MPR, Republika* 2000.

<sup>16</sup> Di dalam Pasal Titel VII konstitusi *de Gaulle*, dinyatakan:” sebelum suatu undang-undang organik dinyatakan berlaku, terlebih dahulu harus disampaikan kepada *Constitutional Council*,

Sedangkan dalam ketatanegaraan Indonesia, Rapat Badan Penyelidik Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI) di bawah pimpinan KRT Radjiman Wedyodiningrat bersidang untuk membentuk UUD, pada waktu itu ternyata menolak usulan dari Mr. Moh. Yamin, menghendaki Agar Mahkamah Agung mempunyai wewenang untuk memutus dan menentukan suatu perundang-undangan yang bertentangan dengan konstitusi atau Undang-Undang Dasar.

Alasan penolakan terhadap hak menguji materiil Mahkamah Agung oleh BPUPKI dikemukakan oleh Mr. Soepomo antara lain karena: “Undang-Undang Dasar yang hendak dibentuk tidak mengenal teori Trias Politika, sedangkan hak menguji materiil hanya dijumpai di negara-negara yang menganut teori Trias Politika.

Karena UUD 1945 sebelum diamandemen tidak menganut ajaran pemisahan kekuasaan, maka dengan sendirinya hak menguji materiil terhadap UU juga dianggap tidak perlu. Akan tetapi setelah perubahan UUD 1945, kekuasaan legislatif bergeser dari tangan Presiden ke DPR. Karena itu, bisa dikatakan bahwa ketiga cabang kekuasaan eksekutif, legislatif, dan yudikatif dipisahkan secara tegas. Dengan demikian, argumen penolakan terhadap ide *judicial review* ditingkat UU sebagaimana digunakan oleh Soepomo tidak dapat dipakai lagi.

Alasan mendasar dari sudut pandang hukum tata negara keharusan dilakukan *judicial review* atau control *judicial* terhadap kekuasaan legislatif dalam

---

apakah hal itu berentangan dengan konstitusi ataukah tidak. Mengenai kewenangan *Constitutional Council* tidak hanya melakukan *judicial review*; tetapi juga menjamin/mengamankan pemilihan presiden; menjamin/mengamankan pemilihan anggota-anggota *National Assembly* dan *Senate*; dan menjamin/mengamankan prosedur referendum. Sri Sumantri, *op. cit.*, h. 30-31

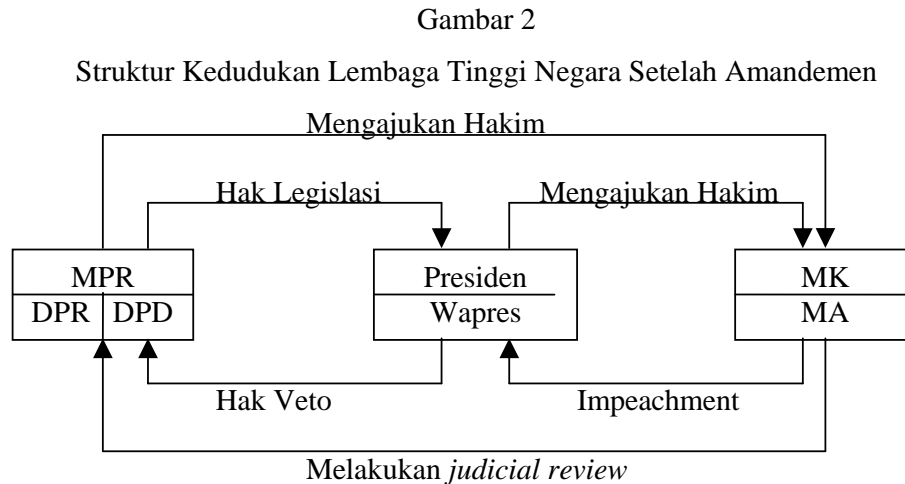
penyelenggaraan pemerintahan negara adalah untuk mencegah lembaga tersebut melanggar norma-norma konstitusi terutama dalam hal membuat undang-undang.

Amandemen UUD 1945 membawa perubahan terhadap sistem ketatanegaraan Indonesia. Selain perubahan yang terjadi pada susunan kedudukan eksekutif, dan legislatif, kekuasaan kehakiman pasca amandemen UUD 1945 juga mengalami perubahan yang mendasar. Sebelum amandemen kekuasaan kehakiman hanya dilaksanakan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan lainnya setelah UUD 1945 diamandemenkan, maka kekuasaan kehakiman tidak hanya dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung, tetapi dilaksanakan bersama-sama dengan Mahkamah Konstitusi.

Dengan demikian kekuasaan kehakiman dalam sistem ketatanegaraan Indonesia pasca amandemen telah berpuncak pada dua menara yakni: Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi sebagaimana ditegaskan pasal 24 ayat 2 UUD 1945 hasil amandemen. Baik Mahkamah Agung maupun Mahkamah Konstitusi diberi kewenangan yang berbeda satu sama lain. Mahkamah Agung kewenangannya menyangkut hal-hal yang berkaitan dengan kasasi dan menguji peraturan perundang-undangan di bawah Undang-Undang, sedangkan Mahkamah Konstitusi kewenangannya mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar.



Untuk lebih mudah memahami konstruksi pemikiran di atas, penulis membuat skema sebagai berikut: <sup>17</sup>



Skema di atas menunjukkan kedudukan eksekutif, legislatif dan yudikatif setelah amandemen UUD 1945. Bisa kita lihat bahwa susunan kedudukan di atas telah berubah dari Supremasi Parlemen ke sistem pemisahan kekuasaan, dimana ada pemisahan yang tegas antara organ-organ yang satu dengan yang lain, agar masing-masing organ dapat mengontrol organ lain sehingga tercipta mekanisme *check and balances*. Dalam hal ini lembaga yudikatif (Mahkamah Konstitusi dan Mahkamah Agung) diberi kewenangan untuk melakukan kontrol terhadap lembaga lainnya dengan melakukan *judicial review* dan menafsirkan ketentuan-ketentuan konstitusional serta menjaga agar tidak bertentangan dengan konstitusi. <sup>18</sup>

Dalam pelaksanaannya terjadi permasalahan hubungannya dengan kewenangan untuk melakukan *judicial review* antara Mahkamah Agung dan

<sup>17</sup> Pada awalnya skema di atas adalah hasil dari perkuliahan Hukum Tata Negara di Pasca Sarjana-UMS yang diampu oleh Aidul Fitri Ciada Azhari dengan beberapa perubahan dari penulis guna menyesuaikan dengan pembahasan penelitian.

<sup>18</sup> Siti Fatimah., *op. cit.* h. 110-111.

Mahkamah Konstitusi dalam pelaksanaannya, secara hipotesis dapat timbul pertentangan substantif antara putusan Mahkamah Agung dengan putusan Mahkamah Konstitusi. Misalnya Peraturan A dinyatakan oleh Mahkamah Agung bertentangan dengan UU A, tetapi UU B itu sendiri oleh Mahkamah Konstitusi dinyatakan bertentangan dengan UUD. Permasalahan ini merupakan salah satu permasalahan tentang tumpang tindihnya kewenangan dalam *judicial review*.<sup>19</sup>

## **E. Metode Penelitian**

### **1. Jenis Penelitian**

Penulisan tesis ini termasuk jenis penelitian hukum normatif (*normative legal reseach*), yaitu penelitian terhadap norma yang terdapat dalam hukum positif yang memandang hukum sebagai kaidah tertulis atau tidak tertulis ataupun suatu keputusan dari lembaga yang berwenang.

Penelitian hukum normatif menyoroti hukum sebagai suatu yang dicita-citakan (*Das Sollen*) hukum yang dirumuskan dalam perundang-undangan. Penelitian ini akan meneliti ketentuan tentang *judicial review* dalam ketatanegaraan Indonesia.

Hukum dipahami sebagai gejala normatif yang bersifat otonom yang terpisah dari gejala sosial. Bersifat otonom bukan berarti terpisah dari gejala sosial secara dikotomis, karena penelitian ini berdasarkan pada peraturan perundang-undangan. Struktur hukum terkait dengan apa yang disebut Hans Kelsen sebagai “*grundnorm*”. Kaidah hukum terikat dengan kaidah pokok dan harus terbebas dari pengaruh sosial. Ajaran ini selanjutnya disebut dengan “*Reine Rechtslehre*” atau “*The pure theory of Law*” karena terikat oleh norma

---

<sup>19</sup> *Ibid.*, h. 111.

dasar tersebut maka kaidah hukum tersusun dalam suatu susunan yang disebut dengan “*stufenbau*” dimana *grundnorm* merupakan analisis pemikiran yuridis yang dihasilkan oleh pemikiran manusia.

## 2. Metode pendekatan

Dalam kaitannya dengan penelitian normatif- yuridis di sini digunakan beberapa pendekatan, yaitu pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) dan pendekatan perbandingan/komparatif (*comparative approach*).<sup>20</sup>

### 1. Pendekatan perundang-undangan (*statute approach*)

Digunakan berkenaan dengan peraturan hukum yang mengatur tentang kewenangan *judicial review* di Indonesia sebagaimana telah ditetapkan dalam undang-undang.

Sementara itu sebagai upaya untuk mengadakan falsifikasi, verifikasi dan koreksi terhadap peraturan yang mengatur kewenangan *judicial review* di Indonesia maka, metode yang digunakan adalah interpretasi sistematis.<sup>21</sup> Adapun prinsip penalaran yang digunakan dalam penelitian ini adalah *eksklusi*, yaitu: tiap sistem hukum diidentifikasi oleh sejumlah peraturan perundang-undangan.<sup>22</sup>

Kegiatan yang pertama adalah mengumpulkan peraturan perundang-undangan yang menjadi fokus penelitian. Selanjutnya diklasifikasi

---

<sup>20</sup> Johnny Ibrahim, *Teori & Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Bayu Media Publishing, Malang, 2005, h. 444-445.

<sup>21</sup> Jazim Hamidi, *Hermeneutika Hukum Teori Penemuan Hukum Baru Dengan Interpretasi Teks*, UII Press, Yogyakarta, 2005, h. 54.

<sup>22</sup> Amiruddin dan Zainal Asikin, *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, Rajawali Press, Jakarta, 2004, h. 128.

berdasarkan kewenangan-kewenangan yang dimanakan oleh peraturan perundang-undangan untuk mengetahui hubungan kewenangan antara Mahkamah Konstitusi dan Mahkamah Agung.

## 2. Pendekatan perbandingan/komparatif (*comparative approach*).

Pendekatan Perbandingan dalam penelitian ini menggunakan komparasi mikro<sup>23</sup> dalam rangka membandingkan model *judicial review* yang ada di negara-negara *Anglo Saxon* dan Eropa Kontinental, kemudian sistem ketatanegaraan tersebut dibandingkan dengan sistem ketatanegaraan yang dipakai di Indonesia, dengan tujuan agar kita bisa mengetahui model *judicial review* seperti apa yang dikembangkan di Indonesia.

## 3. Metode analisis data

Data yang diperoleh dalam penelitian ini berupa hasil studi literer (kepuustakaan) berupa data sekunder, yang berasal dari bahan hukum primer dan sekunder. Oleh karena itu penelitian ini dapat dikategorikan sebagai penelitian hukum normatif, pengolahan data pada hakikatnya merupakan kegiatan untuk mengadakan sistematisasi terhadap bahan-bahan hukum. Sistematisasi berarti membuat klasifikasi terhadap bahan-bahan hukum tersebut untuk memudahkan pekerjaan analisis dan konstruksi.<sup>24</sup> Tahap-tahap kegiatan yang dilakukan dalam analisis data ialah :

- a. Memilih pasal-pasal yang berisi kaedah-kaedah hukum yang mengatur masalah *judicial review*.

---

<sup>23</sup> Bernad Arief Sidharta, *Refleksi Tentang Struktur Hukum*, Mandar Maju, Bandung, 1999, h. 127

<sup>24</sup> Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, UI Pres, Jakarta, 1986, h. 251-252.

- b. Membuat sistematik dari pasal-pasal tersebut sehingga menghasilkan klasifikasi tertentu yang selaras dengan pembahasan *judicial review*.
- c. Data berupa peraturan perundang-undangan ini dianalisis secara induktif kualitatif.

Kemudian sesuai dengan jenis datanya yang ditumpukan pada data kepustakaan maka analisis selanjutnya dalam penelitian ini memakai model analisis deskriptif kualitatif, sebagaimana dijelaskan oleh Winarno Surachman, bahwa sifat-sifat tertentu yang terdapat di dalam metode deskriptif kualitatif ada 2 (dua) yaitu:

1. Deskriptif kualitatif selalu memusatkan pada pemecahan masalah-masalah yang ada sekarang terutama masalah-masalah yang bersifat aktual.
2. Kemudian penelitian deskriptif kualitatif melalui data yang telah dikumpulkan mula-mula disusun, dijelaskan kemudian dianalisis, dimana sebuah deskripsi dapat merepresentasikan obyektif terhadap fenomena yang ditanggapi.<sup>25</sup>

Menurut HB Sutopo, analisis dengan menggunakan metode deskriptif kualitatif akan mampu menangkap berbagai informasi kualitatif dengan deskripsi teliti dan penuh nuansa, yang lebih berharga dari pada sekedar pernyataan jumlah ataupun frekuensi dalam bentuk angka.<sup>26</sup>

Sedangkan pendekatan yang dipakai sebagai bagian dari usaha penyimpulan penelitian ialah pendekatan deduktif, yakni berangkat dari kerangka teori yang umum untuk selanjutnya dikorelasikan dengan kenyataan obyektif dengan tetap melihat dari sisi yuridis – normatif.

---

<sup>25</sup> Winarno Surakhmad, *Dasar-Dasar Teknik Research Pengantar Metodologi Ilmiah*, Tarsito, Bandung, 1975, h.140-141.

<sup>26</sup> HB Sutopo, *Metodologi Penelitian Kualitatif*, Sebelas Maret University Press, Surakarta, 1990, h. 20.

#### **4. Metode pengumpulan data**

Sebagai penelitian hukum normatif, alat pengumpulan data yang dipergunakan dalam penelitian ini adalah studi kepustakaan. Sumberdata diperoleh dari:

- a. Bahan hukum primer, yaitu bahan-bahan hukum yang mengikat, yakni:
  - 1) Norma/aturan dasar (Pembukaan UUD 1945)
  - 2) Peraturan Dasar, yakni Batang Tubuh UUD 1945 dan penjelasannya serta Ketetapan MPR
  - 3) Peraturan Perundang-undangan
    - I. UU Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman
    - II. UU Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas UU Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung
    - III. UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi
    - IV. Peraturan Mahkamah Agung (Perma) No. 1 Tahun 1993 dan Perma No. 1 Tahun 1999
    - V. Dan Peraturan Perundang-undangan yang lainnya yang berkaitan dengan pembahasan penelitian.
  - 4) Yurisprudensi
- b. Bahan hukum sekunder, yaitu yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer seperti: Rancangan undang-undang, hasil penelitian yang sudah ada, karya ilmiah dari kalangan ahli hukum dan lain sebagainya.
- c. Bahan hukum tersier atau bahan hukum penunjang mencakup bahan-bahan yang memberi petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder, seperti: kamus, ensklopedia, indeks dan seterusnya.

## **F. Sistematika penulisan**

Seluruh hasil penelitian di atas akan disusun dalam sebuah karya tulis dengan sistematika: BAB I memuat pendahuluan, latar belakang masalah, rumusan masalah, tujuan dan manfaat penelitian, landasan teori dan kerangka pemikiran, metode penelitian, sistematika penulisan.

BAB II membahas berbagai teori *judicial review*, *judicial review* sebagai pengawal konstitusi, *judicial review* dalam konteks negara hukum Indonesia, *judicial review* dalam konteks hirarki peraturan perundang-undangan RI dan model-model *judicial review* pada sistem Eropa Kontinental dan *Anglo Saxon*.

BAB III mendeskripsikan tentang *judicial review* di Indonesia dari konstitusi RIS sampai pasca amandemen UUD 1945, institusi yang berwenang melakukan *judicial review* di Indonesia, Mahkamah Konstitusi dan Mahkamah Agung.

BAB IV memuat analisis terhadap model *judicial review* dalam konsepsi negara hukum Indonesia, melingkupi, hubungan kewenangan antara Mahkamah Konstitusi dan Mahkamah Agung dan model *judicial review* dalam konsepsi negara hukum Indonesia.

BAB V menutup penelitian ini dengan mengetengahkan simpulan-simpulan dan saran-saran sebagai sebuah proses dialektika pemikiran hukum.